

VOTO

Preliminarmente, o recurso em apelo deve ser conhecido, ante o preenchimento dos requisitos necessários à espécie.

2. Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Paulo de Tarso Lustosa da Costa, então presidente da Fundação Nacional de Saúde - Funasa, em desfavor do Acórdão 3690/2016-1ª Câmara. Por meio dessa decisão, o Tribunal julgou irregulares as contas do recorrente e aplicou-lhe multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com fundamento no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992.

3. Originariamente, o processo examinou prestação de contas da Funasa relativas ao exercício de 2005.

4. O Plenário, mediante o Acórdão 1.258/2011-Plenário, julgou irregulares as contas dos Srs. Wagner Barros Campos e Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, com aplicação de multa e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou de função de confiança no âmbito da Administração Pública. O mesmo **decisum** também julgou regulares ou regulares com ressalva as contas de vários outros responsáveis.

5. Naquela ocasião, o julgamento das contas de quatro outros gestores, incluindo o Sr. Paulo de Tarso Lustosa da Costa, foi sobrestado, em razão da existência de dois processos ainda em trâmite no TCU, cuja apreciação poderia impactar o julgamento de suas contas.

6. Posteriormente, por meio do Acórdão 3690/2016-1ª Câmara, foi levantado o sobrestamento dos autos e apreciado o mérito das contas com relação ao ora recorrente, aplicando-lhe a sanção de multa em virtude dos seguintes fatos:

a) execução do Contrato 74/2002 sem observância dos Princípios da Moralidade, da Impessoalidade e da Igualdade; e

b) realização do Pregão Eletrônico 48/2005 sem justificativa para a necessidade da contratação, sem projeto básico, sem orçamento detalhado e sem manifestação prévia das áreas técnicas competentes.

7. Insta salientar que o Contrato 74/2002, firmado com a empresa Brasfort Administração e Serviços Ltda., teve por objeto a prestação de serviços de apoio administrativo e atividades auxiliares nas dependências da Funasa. O voto condutor do Acórdão 1.258/2011-Plenário considerou que houve desvio de finalidade do contrato com a direta subordinação dos empregados terceirizados à administração da Funasa, bem como uma execução contratual marcada pelo desrespeito aos Princípios da Moralidade, Impessoalidade e Isonomia.

8. Na fundamentação de sua decisão, o Ministro Walton Alencar Rodrigues reproduziu trecho da instrução destacado pelo Ministério Público para demonstrar o contexto em que ocorria a contratação dos profissionais terceirizados:

163. Destaca-se que, nos termos dos normativos aplicáveis, a indicação e escolha de pessoas para a atuação no Contrato 74/2002 não poderia nem sequer passar pela intervenção dos gestores da Funasa, entretanto o conjunto de situações narradas demonstra que, de fato, a Fundação encampou a gestão dos serviços que seriam prestados pelos terceirizados, organizando e concedendo férias aos terceirizados, realizando a substituição dos funcionários em

afastamentos, organizando quadro de cargos e promoções para os funcionários contratados, bem como indicando pessoas para serem admitidas, promovidas, substituídas ou demitidas pela empresa contratada, conforme detalhado às fls. 951 a 961 da instrução precedente (fl. 1655, v. 8).

9. A Secretaria de Recursos (Serur) analisou o apelo e propôs, com a anuência do Ministério Público junto ao TCU, negar provimento a ele. Antecipo que acompanharei na íntegra os pareceres uníssonos, cujos fundamentos incorporo como razões de decidir, sem prejuízo das considerações que passo a fazer.

10. A primeira alegação do recorrente é no sentido de que deveria haver aplicação de entendimento análogo ao adotado no Acórdão 2.062/2012-1ª Câmara, que afastou multa aplicada ao recorrente por haver o reconhecimento pelo Tribunal de medidas adotadas pelo gestor para obstar o agravamento das irregularidades.

11. Tal alegação não merece prosperar, pois não foi apresentada pelo recorrente nenhuma medida saneadora em sua gestão para corrigir a situação irregular verificada no Contrato 74/2002. Ao contrário, o feito contém indícios de que o ex-gestor criou entraves para a apuração das irregularidades. Cito trecho da instrução à peça 282 abordando tal questão (grifos meus):

157. Releva informar que, em 29/8/2006, em razão das irregularidades apontadas pela CGU, no âmbito do citado Relatório de Auditoria, foi constituída, por meio da Portaria 124/2006, Comissão de Sindicância para apuração dos fatos (processo nº 25100.071.014/2006-12), ainda durante a gestão do ex-presidente. No entanto, conforme mencionado no Relatório Conclusivo do PAD instaurado em 2007 (Cópias compõem o Anexo 42), por meio do Despacho nº 96/2007- COREG/AUDIT/PRESI, de 27/2/2007, o Corregedor da Funasa informou o encerramento dos trabalhos da Comissão Sindicante, por inexistência de condições objetivas para dar prosseguimento às investigações, e sugeriu à Presidência da Fundação a abertura de processo disciplinar. As investigações somente puderam ter continuidade após a saída do responsável da Funasa, quando, em 2/4/2007, o novo presidente decidiu pela instauração do citado PAD, de cujo relatório consta (fls. 113 do Anexo 42):

“ ‘Como se vê, outros agentes também deram causas às irregularidades apontadas e constatadas, ocorridas no contrato, que como amplamente explanado, vem errado desde seu nascedouro, podendo citar os Senhores Paulo de Tarso Lustosa da Costa (ex-Presidente da FUNASA), pelo desregramento permitido dos agentes por ele indicados para atuar na Repartição; Leandro Viana do Amaral (ex-Chefe de Gabinete da Presidência da FUNASA), por haver ofertado entraves aos trabalhos da Sindicância, em patente resistência injustificada ao andamento do processo e, em consequência à execução do serviço e Senhor Mário Sérgio Monteiro Lopes (ex-Coordenador Regional da CORE-RJ), pelo exposto neste relato’ ”.

12. O Sr. Paulo de Tarso Lustosa da Costa também aduz que as conclusões da área técnica e do Ministério Público de Contas, acolhidos pela decisão recorrida, estariam baseados somente em depoimentos colhidos de servidores e funcionários lotados nas regionais, supostamente sem a observância do contraditório, já que o recorrente não teria tomado prévio conhecimento de tais diligências.

13. Acolho o exame realizado pela Serur, o qual concluiu que todas as provas produzidas no processo de contas são de natureza documental, inclusive aquelas produzidas em contexto fiscalizatório deflagrado pela CGU, como é o caso ora em análise.

14. Além disso, friso que o momento para o exercício do contraditório nos processos do TCU se estabelece após a regular citação ou audiência dos responsáveis. Deve ser esclarecido ao

responsável que durante a fase de fiscalização, eventualmente realizada pela CGU nos processos de prestação de contas, não há contraditório, já que nenhuma acusação está sendo feita. Trata-se de procedimento preliminar tendente a apurar fatos, sem que haja necessariamente imputação de responsabilidade.

15. Apenas em fase posterior do processo de auditoria ou de prestação de contas, em razão de eventuais irregularidades detectadas, é que ocorre a fase do contraditório, com a realização de audiências e/ou citações para que os responsáveis apresentem suas manifestações de defesa.

16. Em acréscimo ao exame realizado pela Serur, destaco que a terceirização no âmbito da Administração Pública Federal é regulamentada de forma detalhada pelo Decreto 2.271/1997, o qual veda expressamente a realização de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, **in verbis**:

“Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

(...)

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

(...).

Art. . 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

(...)

IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;” (grifou-se).

17. Tais disposições foram, dentre outras, os fundamentos para a apenação do ora recorrente. Assim, é forçoso observar que o ordenamento jurídico pátrio, fundamentado no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, veda a terceirização de atividade-fim na Administração pública, entendimento que é corroborado por remansosa jurisprudência desta Corte de contas, a exemplos dos Acórdãos 2.085/2005-Plenário, 1.466/2010-Plenário, 2.515/2017-1ª Câmara, 1.521/2016-Plenário e 2.983/2015-Plenário.

II

18. No que tange ao Pregão Eletrônico 48/2005, o recorrente cita o Regimento Interno da Funasa para demonstrar que seria de competência da Coordenação-Geral de Recursos Logísticos planejar, coordenar, executar e controlar as atividades relativas à administração de material, patrimônio, transporte, comunicações, arquivo e protocolo, serviços de reprografia e emissão de passagens aéreas e terrestres.

19. Assim, diante das justificativas apresentadas pelo órgão competente para administrar o setor do arquivo e do protocolo, áreas para as quais as contratações estavam direcionadas, não se poderia qualificar como irregular a conduta do recorrente.

20. Acertadamente, a Serur conclui que a responsabilização do recorrente decorre de omissão no dever de supervisão das atividades desempenhadas pelos responsáveis imediatos. Com efeito, a ausência de projeto básico, orçamento estimativo, justificativa da necessidade da contratação e

manifestação das áreas envolvidas não são irregularidades de difícil percepção no momento de homologação do certame licitatório.

III

21. No dia 8/8/2017, recebi o Sr. Paulo de Tarso Lustosa da Costa em audiência no meu Gabinete. Na oportunidade, fui informado de que o recorrente obteve sentença favorável nos autos do processo 2008.34.00.018670-3, que trata de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Brasfort Administração e Serviços Ltda., o Sr. Paulo de Tarso e outros responsáveis, objetivando a declaração de nulidade do Contrato 74/2002 e dos seus Aditivos, bem como a condenação dos agentes públicos e terceiros arrolados nas sanções civis e políticas do art. 12, incisos II e III, da Lei 8.429/1992.

22. Tal decisão não foi citada na peça recursal, mas, em atenção ao efeito devolutivo pleno do recurso e ao princípio da verdade real, farei um breve exame da referida sentença.

23. Observo que a decisão tomada pelo Juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal no DF, sob qualquer fundamento, não vincula a decisão administrativa proferida pelo Tribunal, em razão do princípio da independência das instâncias. Nesses termos, não há incompatibilidade entre a deliberação do Tribunal e o que decidiu o douto Juízo.

24. Com efeito, somente a sentença absolutória no juízo criminal fundada no reconhecimento da inexistência do fato ou na negativa de autoria (CPP, arts. 66, 67 e 386, incisos I e IV) impede a responsabilização civil e administrativa do agente. Não é esta, definitivamente, a hipótese dos autos, porque a sentença apresentada pelo recorrente foi proferida na esfera cível.

25. Ademais, a aludida sentença – que rejeitou a ação de improbidade administrativa -, além de ainda não ter transitado em julgado, não se afigura hábil a infirmar as provas existentes nos presentes autos, que demonstram a irregularidade das contas do recorrente.

26. Em apertada síntese, os fundamentos da referida decisão são os seguintes:

a) o MPF não teria juntado aos autos relatórios das atividades desenvolvidas pelos contratados e as testemunhas arroladas afirmaram não terem conhecimento de que os terceirizados realizavam atividades finalísticas;

b) o nepotismo não seria prática tipificada no ordenamento jurídico brasileiro à época do Contrato 74/2002 e que o fato de haver parentes dos responsáveis dentre os contratados pela Brasfort não configuraria a ocorrência de ato de improbidade;

c) apesar de restar comprovada a violação dos Princípios da Moralidade e da Impessoalidade, seria necessária a demonstração de que os requeridos atuaram com má-fé para a sua condenação por improbidade administrativa;

d) quando o Sr. Paulo de Tarso assumiu a Presidência da Funasa, o Contrato 74/2002 já se encontrava em andamento há cerca de três anos, não sendo razoável que promovesse revisão de todos os ajustes em vigor.

27. Com relação à alínea “a” supra, de forma diversa ao citado processo judicial, o presente feito está instruído com farto conjunto probatório demonstrando a utilização dos empregados da Brasfort nos serviços finalísticos da Funasa. Cito, inclusive, os documentos produzidos no âmbito da Comissão de Sindicância instituída pela Portaria 124/2006 e o relatório da CGU.

28. **Data maxima venia**, a contratação de parentes pelos responsáveis é prática que atenta contra os Princípios Constitucionais da Moralidade e da Impessoalidade, independentemente de edição de ato normativo específico. O STF, ao editar a Súmula Vinculante nº 13, de 29/8/2008, não inovou no ordenamento jurídico, apenas consolidou outros precedentes daquela Corte. Ademais, não se exige a edição de ato normativo específico proibindo a prática de nepotismo, como restou decidido no RE 579951, **in verbis**:

"Ementa: Administração Pública. Vedação nepotismo. Necessidade de lei formal. Inexigibilidade. Proibição que decorre do art. 37, caput, da CF. RE provido em parte. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal." (RE 579951, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2008, DJe de 24.10.2008) (grifo meu).

29. Friso também que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa **stricto sensu**, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado.

30. Por fim, avalio que o recorrente teve plena ciência das irregularidades praticadas no bojo do Contrato 74/2002, ainda que o Sr. Paulo Lustosa tenha sido nomeado Presidente da Funasa em 22/7/2005 (peça 1, fl. 7), portanto, cerca de três anos após a celebração da referida avença. O referido ajuste foi celebrado com valor mensal estimado em R\$ 350 mil, para prestação de 22.200 horas/semana de serviço, sendo que, ao final do primeiro ano de execução contratual, a despesa totalizava cerca de R\$ 2,2 milhões. Ao final de 2005, ano da nomeação do recorrente, o contrato já representava despesa anual de R\$ 7,1 milhões e, ao final de 2007 – ano de saída do Sr. Paulo de Tarso da Funasa –, R\$ 11,4 milhões, para prestação de 27.750 horas/semana (acréscimo de 25% do objeto, por meio do 4º Termo Aditivo, de 15/12/2005).

31. Assim, o ora recorrente teve atuação direta na execução do contrato, ampliando o seu objeto e, inclusive, celebrando termo de aditamento contratual. Ademais, os autos contêm evidências de que o ex-presidente da Funasa indicou pessoalmente alguns terceirizados. Nesse sentido, cito trecho da instrução inserta à peça 282:

"138. Segundo a CGU, o funcionário terceirizado Francisco José Pinto de França, foi um dos terceirizados contratados por indicação da Presidência da Funasa e que desempenhavam funções de servidor público (fl. 1355 do Volume 6):

"Foi contratado para o cargo de Assessor Técnico da Presidência da FUNASA, e encontra-se em exercício no Gabinete da Coordenação do Rio de Janeiro, onde, principalmente, representa o Coordenador e o Presidente da FUNASA em ocasiões em que não é possível a presença dos mesmos, além de outras atividades designadas pelo Coordenador.

O processo de seleção se deu mediante a apresentação de curriculum à BRASFORT, por indicação do Presidente da FUNASA. A contratação ocorreu em 01/12/2005." (grifos do original)

139. A esse respeito, ressalte-se não se discute aqui as condições curriculares de tal pessoa para a realização das tarefas que lhes foram atribuídas. Também não se trata de irregularidade isolada, cujo saneamento teria sido realizado de pronto, tão logo se teve conhecimento da falha – registre-se que o referido terceirizado, após a divulgação das conclusões da CGU, foi nomeado para o cargo de Chefe da Divisão de Administração da CORE/RJ em 14/11/2006, por meio da Portaria 1487/2006 –, mas de exemplo dos excessos

cometidos durante a execução do contrato em tela ao longo de sua vigência, conforme identificado pela CGU e pela Comissão de Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), instituído pela Funasa, por meio da Portaria 86, de 25/5/2007, para apurar as irregularidades dele advindas”.

32. Entendo pertinente transcrever também trecho do PAD, em que a Comissão expõe informações sobre a responsabilidade do gestor (fls. 12/13 da peça 205):

“Ao ser designado como autoridade máxima do órgão (julho/2005), o Senhor Paulo de Tarso Lustosa da Costa, de imediato nomeou o Senhor Paulo Roberto de Albuquerque como Coordenador-Geral da CGLOG, e este, assumiu de direito no dia 26 de agosto de 2005, e naquele mesmo mês foi dado início à ‘missão’ de fazer desta repartição um ‘cabide de emprego’, assim encharcando o contrato.

Como se vê, outros agentes também deram causa às irregularidades apontadas e constatadas, ocorridas no contrato, que como amplamente explanado, vem errado desde o seu nascedouro, podendo citar os Senhores Paulo de Tarso Lustosa da Costa (ex-presidente da Funasa), pelo desregramento permitido dos agentes por ele indicados para atuar nesta Repartição; Leandro Viana do Amaral (ex-chefe de Gabinete da Presidência da Funasa), por haver ofertado entraves aos trabalhos da Sindicância, em patente resistência injustificada ao andamento do processo e, em consequência à execução do serviço e Senhor Mário Sérgio Monteiro Lopes (Ex-Coordenador Regional da Core-RJ), pelo exposto neste relato.”

33. Além disso, o Contrato 74/2002 apresentou aspectos econômicos amplamente desfavoráveis à Funasa. Segundo instrução da então 4ª Secex, entre 2003 e 2006, embora o número de horas tenha tido incremento de apenas 25%, o número de terceirizados foi majorado em 218% e a despesa anual sofreu incremento de 295%.

34. Portanto, nego provimento ao presente recurso de reconsideração.

Ante o exposto, reiterando minha aderência ao posicionamento das instâncias técnicas e do **Parquet** especializado, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 5 de setembro de 2017.

BENJAMIN ZYMLER

Relator